



Rapport explicatif du la Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale

Strasbourg, 8.XI.2001

I. Le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, établi au sein du Conseil de l'Europe par le Comité d'experts sur le fonctionnement des Conventions européennes dans le domaine pénal (PC-OC), sous l'autorité du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), a été ouvert à la signature des États membres du Conseil de l'Europe, à Strasbourg, le 8 novembre 2001, à l'occasion de la 109e Session du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

II. Le texte du rapport explicatif, établi à la lumière des débats de ce Comité et présenté au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ne constitue pas un instrument présentant une interprétation officielle du texte de ce Protocole, mais tend à faciliter la compréhension de ses clauses.

Introduction

1. Sous l'autorité du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), le Comité d'experts sur le fonctionnement des Conventions européennes dans le domaine pénal (PC-OC) est chargé, entre autres, d'examiner le fonctionnement et l'application des Conventions et Accords du Conseil de l'Europe relevant des problèmes criminels en vue, le cas échéant, de les adapter et d'en améliorer l'application pratique.

2. Dans le cadre de sa mission, le PC-OC a relevé certaines difficultés que les États ont rencontrées dans le cadre de l'application de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et du Protocole s'y rapportant. Il a également recensé des situations qui, sans se situer dans le champ d'application de cette Convention, s'en rapprochent.

3. Après avoir étudié différentes options, le PC-OC a jugé qu'un deuxième protocole additionnel à la Convention était la façon la plus appropriée et pragmatique de remédier à certaines des difficultés rencontrées, tandis que les autres difficultés pouvaient être levées par le biais de recommandations. Il a donc établi un projet de Deuxième Protocole additionnel.

4. Le projet de Deuxième Protocole additionnel a été examiné et approuvé par le CDPC à sa 50^{ème} session plénière (juin 2001) et présenté au Comité des Ministres.

5. À la 765e réunion des Délégués des Ministres, tenue le 19 septembre 2001, le Comité des Ministres a adopté le texte du Deuxième Protocole additionnel et décidé d'ouvrir celui-ci à la signature le 8 novembre 2001, à l'occasion de sa 109e Session.

Considérations générales

6. Ce Protocole a pour but de renforcer la capacité des États membres et des États partenaires à réagir de manière adéquate à la criminalité. Il est prévu d'atteindre ce but en améliorant et en complétant la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, faite à Strasbourg le 20 avril 1959 (ci-après désignée « la Convention ») ainsi que son Protocole additionnel, fait à Strasbourg le 17 mars 1978 (ci-après désigné Protocole 1). [Par ailleurs, il tient compte de la nécessité de protéger les droits individuels dans le cadre du traitement des données à caractère personnel.]

7. Ce but est atteint en actualisant les dispositions régissant actuellement l'entraide judiciaire, en diversifiant les situations dans lesquelles celle-ci peut être demandée, en facilitant cette entraide et en la rendant plus rapide et plus souple.

8. Le Protocole tient dûment compte de l'évolution politique et sociale en Europe et des mutations technologiques intervenues dans le monde entier.

9. Ainsi suit-il de près, voire reprend-il souvent littéralement, la Convention du 29 mai 2000 d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (ci-après désignée Convention de l'UE), alors que, dans d'autres dispositions, il suit la Convention du 14 juin 1990 (ci-après désignée Convention de Schengen) appliquant l'Accord de Schengen du 14 juin 1985. Il suit également, comme indiqué, le projet de Convention générale européenne sur la coopération internationale dans le domaine pénal (ci-après désignée Convention générale). Ce projet, élaboré par le PC-OC, a été soumis en temps utile au CDPC. Comme celui-ci n'a pas approuvé le texte, il a décidé que les auteurs des futures dispositions conventionnelles s'en inspireraient.

10. S'agissant de l'interprétation des dispositions du présent Protocole qui suivent la Convention de l'UE, le lecteur est invité à consulter le rapport explicatif de cette dernière.

11. L'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui concerne l'application des traités qui se succèdent sur le même thème, régit les relations entre ce Protocole et, respectivement, la Convention et le Protocole I.

12. Les dispositions de ce Protocole, sont réparties en trois chapitres. Le Chapitre I contient celles qui sont destinées à modifier le libellé des articles de la Convention de référence. Le Chapitre II comprend l'ensemble des autres articles du Protocole. Le Chapitre III comporte les dispositions finales.

Commentaires sur les articles du Protocole

Chapitre I

Article 1 – Champ d'application

13. Cet article modifie l'article 1er de la Convention de trois façons.

14. Premièrement, en ajoutant le membre de phrase « et dans les meilleurs délais » au libellé de la Convention, il introduit une exigence de célérité s'agissant de donner suite aux demandes d'entraide judiciaire.

15. Deuxièmement, il élargit (en son paragraphe 3) le champ d'application de la Convention à l'ensemble du « droit pénal administratif ».

16. Troisièmement, le paragraphe 4 précise que la Convention s'applique aux poursuites engagées contre des personnes morales ou pour des faits pouvant engager la responsabilité d'une personne morale.

17. S'agissant du paragraphe 1, l'exigence de célérité a un caractère général. En particulier, ce Protocole ne demande pas, à l'inverse de la Convention de l'UE, que la Partie requise respecte les délais indiqués par la Partie requérante. Toutefois, les auteurs du projet ont tenu à souligner que la lenteur mise à accorder l'entraide judiciaire aboutit souvent à vider cette dernière de sa substance, tout en risquant de contrevenir au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

18. Toujours à propos du paragraphe 1, les auteurs ont examiné et écarté une proposition tendant à insérer les mots soulignés ci-après : « *Les Parties s'engagent à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente Convention et dans les meilleurs délais, l'entraide judiciaire la plus large possible à toutes les étapes de toute procédure* ». Ils ont estimé que depuis l'entrée en vigueur de la Convention, aucune difficulté n'était survenue qui puisse être réglée en ajoutant les mots proposés. En fait, tous les intéressés ont toujours considéré que la Convention s'applique à toutes les étapes d'une procédure judiciaire.

19. Le dernier membre de phrase du paragraphe 1 ne devrait pas être interprété comme excluant du champ d'application de la Convention ou de ses Protocoles l'entraide judiciaire à raison d'infractions dont la répression est de la compétence des autorités judiciaires de deux États ou davantage.

20. S'agissant du paragraphe 3, la catégorie juridique du « droit pénal administratif » est souvent mentionnée à propos de sa variante allemande, à savoir l'*Ordnungswidrigkeit*. Inconnu du système juridique d'un certain nombre d'États membres et partenaires, le droit en question est largement appliqué dans bien d'autres pays et est, de ce fait, bien connu des spécialistes de l'entraide judiciaire internationale. Selon son rapport explicatif, les auteurs du texte de la Convention ont ce droit présent à l'esprit depuis plus de 40 ans.

21. Le paragraphe 3 vise à faire figurer dans le même instrument des dispositions relatives à l'entraide judiciaire applicables à deux types de procédures nationales, à savoir (a) les procédures engagées au titre d'infractions pénales et (b) les procédures engagées au titre des infractions (parfois appelées infractions réglementaires) punissables selon le droit pénal/administratif. La raison en est que, souvent, les mêmes faits (par exemple, un fait de pollution grave dû à la négligence ou les infractions au code de la route) donnent lieu à des poursuites pénales dans un État et à des poursuites pénales/administratives dans un autre.

22. Les infractions pénales/administratives étant inconnues dans certains États, cette notion ne peut pas être exprimée en des termes communs à tous les pays. Aussi le paragraphe 3 donne-t-il une description de cette notion. Si les auteurs ont craint que ce paragraphe ne risque d'être interprété à tort comme s'étendant aux procédures administratives sans caractère "pénal", ils ont retenu le libellé du paragraphe 3 afin d'écarter ces doutes.

23. En vertu du paragraphe 3, la Convention s'applique indépendamment de la question de savoir si, au départ, la procédure en question relève de la compétence d'une autorité administrative ou pénale dans un État ou dans un autre, dès l'instant qu'à un stade ultérieur, elle peut juridiquement donner lieu à un recours devant une autorité judiciaire compétente notamment en matière pénale. L'insertion du mot « notamment » à la fin du paragraphe montre bien que la juridiction devant laquelle le recours peut être formé n'a pas à être une juridiction compétente exclusivement en matière pénale.

24. L'entraide judiciaire en matière administrative, y compris les questions administratives/pénales, est actuellement traitée dans les Conventions STE 94 ⁽¹⁾ et STE 100 ⁽²⁾.

(1) Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (STE n° 94, 1977).

(2) Convention européenne sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative (STE n° 100, 1978).

25. Les auteurs entendaient donner au paragraphe 3 une signification et un effet identiques à l'article 49.a) de la Convention de Schengen. En conséquence, ils ont employé le même libellé, à l'exception des mots « ou des deux », qui n'ont pas été repris pour des raisons purement logiques. Ils étaient conscients que le libellé de la Convention de Schengen pouvait ne pas être la formulation la plus claire, mais après avoir comparé l'avantage de reprendre la Convention de Schengen et l'inconvénient de trouver une autre formulation, ils ont opté pour la première solution.

26. La qualification des faits selon le droit de la Partie requise, en particulier la question de savoir si les faits sont punissables ou non, n'a absolument pas à entrer en ligne de compte aux fins de l'entraide judiciaire à accorder en vertu de la Convention et de ses Protocoles. Le membre de phrase « punissables selon le droit national de [...] l'État requis » doit donc être interprété compte tenu de cette réserve. En particulier, ce membre de phrase ne dissimule aucune intention d'introduire une exigence de double incrimination. Et il ne modifie pas non plus en quoi que ce soit les règles existantes régissant l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition ou saisie d'objets en vertu de l'article 5 de la Convention.

27. Pour la définition des « autorités administratives » aux fins de ce Protocole, voir l'article 26.

28. Références : Article 3 / Convention de l'UE; Article 1 / STE 70 ⁽¹⁾; Article 1 / STE 73 ⁽²⁾; Art. III.1 / Convention générale; Art. 49.a / Convention de Schengen.

Article 2 – Présence d'autorités de la Partie requérante

29. Cet article rajoute un nouveau paragraphe (le paragraphe 2) à l'article 4 de la Convention.

30. Il part du principe que dans bien des cas, la présence des autorités ou des personnes intéressées dont il est question à l'article 4 de la Convention concourt à l'efficacité de l'entraide. A ce titre, cette présence doit être facilitée.

Article 3 – Transfèrement temporaire de personnes détenues, sur le territoire de la Partie requérante

31. Cet article remplace l'article 11 de la Convention.

32. Il apporte à l'article 11 de la Convention les modifications ci-après :

– au paragraphe 1, il remplace le membre de phrase « *comparution personnelle en qualité de témoin ou aux fins de confrontation* » par les mots « comparution personnelle aux fins d'instruction, à l'exclusion de [la] comparution aux fins de jugement »;

– au paragraphe 4, il remplace en anglais le membre de phrase “*unless the Party from whom transfer is requested applies for his release*” par les mots “unless the Party from whom transfer is requested applies for his or her release”. [sans objet en français]

(1) Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (STE n° 70, 1970).

(2) Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (STE n° 73, 1972).

33. Dans le premier cas, le changement s'explique par le fait que les réponses à un questionnaire adressé par le Comité qui a élaboré ce Protocole ont montré qu'il existe des interprétations fort nombreuses et parfois contradictoires du libellé originel, tandis que l'énoncé extrait de la Convention générale s'appréhende de façon plus simple et moins ambiguë.

34. Dans l'autre cas, la modification proposée dans le texte anglais vise à apporter une précision rédactionnelle sans toucher au fond de la question.

35. L'expression « comparution aux fins de jugement » est employée en son sens restreint réservé à la dernière étape de la procédure pénale, pendant laquelle la personne comparaît devant un tribunal pour y être jugée.

36. Dans l'esprit des auteurs, le transfèrement d'une personne aux fins de jugement équivaut à une extradition, tandis que le transfèrement d'une personne « aux fins d'instruction, à l'exclusion de sa comparution aux fins de jugement » exclue toute idée d'extradition.

37. Les dispositions de cet article sont applicables aussi bien aux ressortissants qu'aux non-ressortissants. On peut notamment en déduire que même dans les cas où une personne est transférée sur le territoire du pays dont elle a la nationalité, ce pays doit être prêt à respecter l'obligation qui découle du paragraphe 1 du nouvel article 11 de "renvoyer" la personne en question.

38. Même les pays qui n'extradent pas leurs ressortissants doivent ou peuvent contribuer au déroulement de la procédure engagée dans tout autre pays contre un de leurs ressortissants dans la mesure où (a) la procédure dont une personne/un ressortissant fait l'objet peut aussi impliquer d'autres individus non ressortissants et (b) la procédure peut donner lieu à leur transfèrement (transmission des procédures), au lieu de déboucher sur une demande d'extradition.

39. Références : Article III.9 / Convention générale.

Article 4 – Voies de communication

40. Cet article remplace l'article 15 de la Convention. Il adopte notamment une formulation que les Etats membres du Conseil de l'Europe connaissent mieux que celle qui est employée à l'article 15 de la Convention.

41. Il est indiqué que les demandes sont « renvoyées » pour autant qu'il y ait lieu de le faire.

42. Le nouvel article 15 établit notamment les points suivants :

- en règle générale, les demandes se font par écrit ;
- d'ordinaire, elles sont envoyées par le biais des ministères de la Justice ;
- les communications évoquées au paragraphe 2 doivent toujours passer par les ministères de la Justice ;
- en général, les demandes peuvent être envoyées directement par une autorité judiciaire à une autre autorité judiciaire ;
- le cas échéant, les demandes portant sur des infractions « pénales/administratives » peuvent être envoyées directement par une autorité administrative à une autre autorité administrative – ou à une autorité judiciaire si celle-ci est l'autorité compétente. Il n'est pas exclu qu'une autorité judiciaire puisse s'adresser à une autorité administrative.

43. Enfin, cet article ouvre la voie à l'utilisation des nouveaux moyens de télécommunications pour la transmission de demandes et d'autres communications.

44. L'on notera que la voie de communication d'Interpol a été laissée ouverte seulement en cas d'urgence.

45. Références : Article 15 / Convention; Article 6.8.b / Convention de l'UE.

Article 5 – Frais

46. Cet article donne une rédaction nouvelle à l'article 20 de la Convention.

47. Selon les auteurs, il importe que la question des frais reste distincte de l'entraide judiciaire, à laquelle il convient d'appliquer la règle générale de la gratuité.

48. Les dispositions du paragraphe 1(c) de cet article s'appliquent uniquement aux frais qui sont à la fois importants (non négligeables) et raisonnables (non excessifs par rapport au service fourni ou aux prix généralement pratiqués pour des services comparables).

49. La nature extraordinaire des frais peut découler, par exemple, de demandes sollicitant une formalité ou une procédure données qui n'est pas familière à la Partie requise. Il en va de même des frais liés au stockage, à la protection ou au transport de biens confisqués.

50. Références : article I.6/ Convention générale

Article 6 – Autorités judiciaires

51. Cet article remplace le libellé de l'article 24 de la Convention essentiellement en vue de :

- obliger les Etats à indiquer quelles autorités sont censées être les autorités judiciaires aux fins de la Convention, car une telle indication facilite l'application du texte ;
- autoriser les Parties à modifier leur déclaration initiale en cas de modification du droit ou des circonstances.

Chapitre II

Article 7 – Exécution différée des demandes

52. Cet article permet à la Partie requise d'ajourner l'entraide plutôt que de la refuser, lorsqu'une réaction immédiate à la demande pourrait porter préjudice à l'enquête ou à la procédure menée sur le territoire de la Partie requise. Ainsi, lorsque la Partie requérante a demandé d'obtenir une preuve ou une déposition de témoins aux fins d'enquête ou de jugement et que le même élément de preuve ou le même témoignage est nécessaire pour le procès qui est sur le point de commencer sur le territoire de la Partie requise, celle-ci pourrait à bon droit surseoir à l'octroi de l'entraide.

53. L'article prévoit aussi que si la Partie requise doit refuser l'entraide ou y surseoir, pour d'autres raisons, elle peut octroyer l'entraide en l'assortissant de conditions. Si la Partie requérante n'est pas en mesure d'accepter les conditions, la Partie requise peut les modifier ou exercer son droit de refuser ou de surseoir l'entraide. Comme la Partie requise doit accorder l'entraide la plus étendue possible, il a été décidé qu'il convenait de faire un usage modéré des motifs de refus et de l'octroi de l'entraide sous conditions;

54. Enfin, l'article oblige la Partie requise à motiver sa décision de surseoir à l'entraide. Cette obligation peut notamment aider la Partie requérante à comprendre l'interprétation donnée par la Partie requise aux exigences de cet article, elle constitue une base pour des consultations visant à améliorer l'efficacité future de l'entraide et permet de communiquer à la Partie requérante des renseignements que celle-ci ignorait auparavant au sujet des possibilités ou des conditions pour obtenir des témoignages ou des preuves.

55. Cet article vient en complément de l'article 19 de la Convention ; il ne le remplace guère.

56. Références : article 27, paragraphes 5, 6, 7 du projet de Convention sur la cybercriminalité.

Article 8 – Procédure

57. La raison d'être de l'entraide judiciaire est que la Partie requise accomplisse une action au nom de la Partie requérante, à des fins se rapportant uniquement à la procédure engagée dans cette dernière : « à sa place ».

58. Lorsque l'entraide judiciaire est demandée, le principal intérêt en jeu est que justice soit rendue. Bien entendu, c'est un intérêt commun aux deux États. Toutefois, c'est surtout l'intérêt de l'État où la procédure est engagée, c'est-à-dire la Partie requérante. Celle-ci conduirait seule la procédure si elle n'en était pas empêchée par l'existence d'une frontière délimitant la souveraineté d'un autre État. C'est bien pour cela qu'elle doit demander à l'État en question de l'aider à conduire la procédure qu'elle a engagée.

59. C'est sans doute pour des raisons d'ordre pratique que la Convention n'a pas poussé cette logique jusqu'au bout. Sans exclure la possibilité pour les Parties d'accomplir l'acte d'entraide demandé lorsque celui-ci n'était pas prévu par leur droit, la Convention stipule en fait (article 3) que la Partie requise doit accomplir l'acte d'entraide qui lui est demandé « dans les formes prévues par sa législation ».

60. Juridiquement parlant, cette disposition n'est applicable que si la législation de la Partie requise prévoit les formes selon lesquelles doivent être accomplis les actes d'entraide relevant de la procédure pénale engagée par des États tiers.

61. Tout le monde s'accorde aujourd'hui à reconnaître la nécessité d'ouvrir de nouveaux horizons à la coopération judiciaire. Cela consiste en premier lieu à s'en tenir à l'essentiel et à accomplir l'acte d'entraide demandé au lieu d'accomplir des actes d'entraide équivalents. Souvent, ce qui est demandé ne fait que correspondre à ce qui est légalement exigé dans la Partie requérante à des fins de preuve. Des actes équivalents accomplis à la place des actes requis souvent n'ont pas force probatoire légale dans la Partie requérante.

62. Il va sans dire que l'on ne peut pas attendre des États qu'ils accomplissent l'acte d'entraide demandé quelle que soit la forme prévue par la Partie requérante. Une limite doit être fixée. Cette limite doit correspondre à l'exigence selon laquelle la requête ne doit pas être contraire aux principes fondamentaux du système juridique de la Partie requise.

63. Cette limite est suffisamment large pour permettre l'exécution de la plupart des demandes, tout en libérant, comme il se doit, les États de toute obligation d'avoir à accomplir un acte d'entraide qui serait contraire à leur « nature ».

64. Il y a lieu de donner à l'expression "formalité ou [...] procédure » un sens large et d'y ranger, par exemple:

- les « règles de Miranda »;
- les formalités concernant les formules ou les documents;

– les clauses selon lesquelles l’avocat de la défense doit être présent;

– les clauses selon lesquelles le témoin à l’audition duquel on entend procéder doit être interrogé et contre-interrogé, soit directement, soit par l’intermédiaire de l’autorité chargée de l’instruction, par l’avocat de la défense et par le Ministère public.

65. Par « principes fondamentaux de son droit », il faut entendre "principes fondamentaux de son système juridique".

66. Au vu de la charge qu’impose cet article aux Parties requises, les Parties requérantes sont censées ne demander que l’accomplissement des formalités et procédures qui sont indispensables pour leurs enquêtes.

67. Cet article n’a pas d’incidences sur les déclarations faites par les Etats contractants en vertu de l’article 5 de la Convention.

Références : Article 4 / Convention de l’UE; Article 6.1.b / STE 94.

Article 9 – Audition par vidéoconférence

68. Cet article reprend presque entièrement l’article 10 de la Convention de l’UE.

69. Les progrès technologiques permettent à présent dans une large mesure à des personnes se trouvant en des endroits différents de la planète de communiquer entre elles en temps réel au moyen d’une liaison vidéo son et image.

70. Les auteurs ont considéré que l’on aurait sans doute de plus en plus recours à l’avenir aux liaisons vidéo dans le cadre des procédures impliquant des personnes se trouvant en des lieux différents, soit dans le même pays, soit dans deux pays différents ou davantage. C’est particulièrement le cas lorsqu’il n’est pas possible, souhaitable, commode ou économique d’amener ces personnes en un lieu unique.

71. Cet article a pour but d’exposer dans ses grandes lignes le mode d’utilisation transfrontière de cette procédure.

72. Au paragraphe 1, le terme « inopportun » pourrait s’appliquer, par exemple, aux cas où le témoin est très jeune, très âgé ou en mauvaise santé, et "impossible" aux cas où le témoin courrait un grave danger à comparaître sur le territoire de la Partie requérante.

73. Les paragraphes 1 et 3 prévoient tous deux une exigence concernant l’opportunité et la possibilité d’une certaine ligne de conduite. Cette exigence doit être appréciée au regard du droit de la Partie requérante.

74. Dans le cadre du paragraphe 2, la mention des « principes fondamentaux [du] droit » implique que le fait que l’audition de témoins et d’experts par vidéoconférence ne soit pas prévue par le droit de la Partie requise ou que le droit national ne lui permette pas de se conformer à l’une ou plusieurs des modalités pratiques de l’audition par vidéoconférence n’est pas une raison suffisante pour rejeter une demande d’entraide judiciaire.

75. Le terme « procès-verbal » au paragraphe 6 – comme la plupart des autres mots de cet article – a été repris de la Convention de l’UE. Dans le cadre de ce Protocole, ce mot désigne un document où sont consignés par écrit le fait que l’audition a eu lieu, la date et le lieu de l’audition, l’identité de la personne entendue, les identités et qualités de toutes les autres personnes ayant participé à l’audition, toutes les éventuelles prestations de serment et les conditions techniques dans lesquelles l’audition s’est déroulée. Ce mot ne désigne pas un résumé de ce qui a été dit pendant l’audition.

76. À la différence de l'article 10 de la Convention de l'UE, cet article ne mentionne pas les frais. Dans ce Protocole, toutes les dispositions relatives aux frais sont énoncées dans l'article 14.

77. S'agissant du paragraphe 7, le droit applicable doit, pour des raisons d'efficacité, être celui de l'Etat où la personne se trouve, c'est-à-dire du lieu où la personne peut être immédiatement, sans que d'autres démarches soient nécessaires, poursuivie, le cas échéant, pour faux témoignage. De plus, ce paragraphe a pour but de faire en sorte que le témoin qui aurait refusé de témoigner alors qu'il était tenu de le faire s'expose à des conséquences analogues à celles qui interviendraient dans une procédure nationale n'impliquant pas d'audition par vidéoconférence.

78. Lorsque surgissent les difficultés visées au paragraphe 7, les Parties requérante et requise peuvent se consulter au sujet de l'application de ce paragraphe. Il s'agira en règle générale pour l'autorité de la Partie requérante chargée de l'audition de fournir dès que possible à la Partie requise les informations dont celle-ci a besoin pour prendre les mesures voulues à l'encontre du témoin ou de l'expert.

79. Cet article s'applique le plus souvent aux auditions d'experts et de témoins, mais il peut, en vertu du paragraphe 8, s'appliquer aussi, dans certaines conditions, aux auditions de personnes inculpées.

80. Le texte du paragraphe 8 s'inspire de celui du paragraphe 9 de l'article 10 de la Convention de l'UE, sans toutefois le reprendre littéralement. Les différences sont les suivantes :

– là où la Convention de l'UE indique « [auditions par] vidéoconférence [auxquelles] participe une personne poursuivie pénalement », ce Protocole indique « [auditions par] vidéoconférence [auxquelles] participe la personne poursuivie pénalement ou le suspect »;

– ce Protocole ne prévoit pas de notification par laquelle les Parties feraient savoir qu'elles « n'appliqueront pas » le paragraphe 8, car le paragraphe 8 est très clair à cet égard en indiquant que « Les Parties peuvent, si elles le souhaitent, appliquer également les dispositions du présent article ».

81. Concernant la première différence, il faut bien préciser que la disposition ne s'applique pas à toute personne poursuivie, mais uniquement à la personne poursuivie pénalement dans le cadre de la procédure au sujet de laquelle une entraide judiciaire est demandée. De plus, étant donné que, d'un pays à l'autre, la notion se confond dans une large mesure avec des notions voisines, en particulier celle de « suspect », les auteurs ont tenu à préciser qu'il ne s'agissait pas d'exclure cette dernière catégorie.

82. Le paragraphe 8 doit être interprété et appliqué sans préjudice de l'application des dispositions du paragraphe 4 à la vidéo-conférence grâce à laquelle un témoin résidant dans un pays est « confronté » à un suspect dans un autre pays. Dans le cas contraire, les vidéoconférences ne seraient pas possibles pendant un procès.

83. Les auditions par vidéoconférence auxquelles participe la personne poursuivie pénalement ou le suspect ne peuvent avoir lieu que si les Parties concernées y consentent expressément. Les Parties qui n'ont aucunement l'intention d'accepter une telle façon de faire pourraient le faire savoir pour éviter des initiatives inutiles de leurs partenaires.

84. Références : Article 10 / Convention de l'UE

Article 10 – Audition par conférence téléphonique

85. Cet article reprend presque entièrement l'article 11 de la Convention de l'UE.

86. Cet article ne comporte pas de clause minimale – comme c'est le cas de l'article 9 – car son application est limitée à la fois aux règles du droit national et au consentement de l'intéressé. De plus, il incombe à la Partie requérante de réglementer les conférences téléphoniques dans le cadre de son droit national ou de ne pas le faire et, partant, de permettre ou non à la coopération internationale de se développer dans ce domaine.

87. Selon le paragraphe 1, lorsqu'une personne qui se trouve sur le territoire de la Partie requise doit être entendue comme témoin ou expert par les autorités judiciaires de la Partie requérante, cette dernière peut demander, lorsque son droit national le prévoit, l'entraide de la première Partie afin que l'audition puisse avoir lieu par conférence téléphonique.

88. Les auteurs ont examiné une proposition tendant à insérer dans le Protocole des dispositions visant à harmoniser les législations nationales dans le domaine des conférences téléphoniques. Ils ont été d'avis que les recommandations convenaient mieux à ce genre de démarche.

89. À la différence de l'article 11 de la Convention de l'UE, cet article ne mentionne pas les frais. Dans ce Protocole, toutes les dispositions relatives aux frais sont énoncées dans l'article 14.

90. Références : Article 11 / Convention de l'UE.

Article 11 – Transmission spontanée d'informations

91. Cet article étend à l'entraide en général une disposition réservée auparavant au domaine limité du blanchiment de capitaux, à savoir la possibilité pour les Parties, sans demande préalable, de se communiquer des informations sur des investigations ou des procédures susceptibles de concourir à la réalisation de leur objectif commun de lutte contre la criminalité.

92. Il convient de noter que cette disposition crée une possibilité, non une obligation pour les Parties. De plus, il y est expressément stipulé que l'échange d'informations doit s'effectuer conformément au droit national.

93. Les autorités compétentes dans la Partie "d'envoi" sont les autorités qui ont la charge de l'affaire dans le contexte de laquelle l'information est apparue ; les autorités compétentes dans la Partie « destinataire » sont les autorités susceptibles d'utiliser cette information ou qui ont les pouvoirs de le faire.

94. En vertu du paragraphe 2, l'utilisation de l'information fournie en application de cet article peut être soumise à certaines conditions, et le paragraphe 3 dispose qu'en pareil cas, la Partie destinataire est tenue de respecter ces conditions. En fait, la Partie destinataire n'est liée par la Partie d'envoi que dans la mesure où la Partie destinataire accepte l'information spontanée. En acceptant l'information, elle accepte également d'être tenue de respecter les conditions dont est assortie la transmission de ladite information. En ce sens, l'article 11 touche à quelque chose qui est "à prendre ou à laisser".

95. L'utilisation des informations transmises peut par exemple être soumise à la condition que celles-ci ne servent pas ou ne soient pas retransmises par les autorités de l'Etat destinataire pour une enquête ou une procédure autre que celle précisée par l'Etat qui communique les informations.

96. Comme il peut être difficile pour certains Etats de ne pas accepter les informations une fois qu'elles ont été transmises, par exemple lorsque le droit national impose une obligation d'intervenir aux autorités qui ont accès à ces informations, le paragraphe 4 permet aux Etats de déclarer que ces informations ne peuvent être transmises sans leur accord préalable si l'Etat qui envoie ces informations assortit de conditions l'utilisation de ces informations.

97. Références : concernant le paragraphe 1: Article 10 / STE 141 ⁽¹⁾; concernant les paragraphes 2 et 3: Article 6 / Convention de l'UE.

Article 12 – Restitution

98. La terminologie employée dans cet article est connue des textes du Conseil de l'Europe. Le terme « restitution » est à prendre au sens de remise, et désigne en particulier la restitution d'articles à leur propriétaire légitime; il est dépourvu ici de toute connotation de « réparation ».

99. Cet article s'applique aux biens en général, qu'ils s'agissent de biens corporels ou incorporels, d'objets ou de valeurs.

100. En vertu des dispositions de cet article, il n'existe pour la Partie requérante aucune obligation implicite d'accomplir un acte quel qu'il soit.

101. Dans de nombreux États, il incombe au Ministère public de mettre la main sur les instruments ayant servi à commettre l'infraction ainsi que les produits de l'infraction relevant de sa juridiction.

102. Cet article prévoit un arrangement selon lequel des demandes d'entraide judiciaire peuvent être présentées dans le but de mettre des objets obtenus par des moyens illicites, par exemple des objets volés, à la disposition de la Partie requérante en vue de leur restitution à leur propriétaire légitime. Le paragraphe 1 autorise mais n'oblige pas une Partie requise à donner suite à une demande de ce type. La Partie requise peut, par exemple, refuser de le faire lorsque des biens ont été saisis sur le territoire de cette Partie pour servir d'élément de preuve.

103. Le paragraphe 1 n'a pas pour but de modifier en quoi que ce soit les dispositions du droit national applicables à la confiscation.

104. Il n'est applicable qu'aux cas où l'identité du propriétaire légitime ne fait l'objet d'aucune contestation. Il s'applique par ailleurs sans préjudice des droits des tiers de bonne foi, ce qui laisse intacte la possibilité de formuler des revendications légitimes sur les biens en question.

105. Références : Article 8 / Convention de l'UE; articles III.5.bis et III.6.3 / Convention générale; article 1 de la Résolution (77) 36 ⁽²⁾.

Article 13 – Transfèrement temporaire de personnes détenues, sur le territoire de la Partie requise

106. L'objet de cet article est le même que celui de l'article 11 de la Convention – tel que modifié par l'article 3 de ce Protocole – mis à part le fait que le transfèrement en question est effectué dans le sens contraire.

(1) Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (STE n° 141, 1990).

(2) Résolution (77) 36 relative à l'application pratique de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale

107. Le paragraphe 1 entend signifier que lorsqu'une Partie requérante quelconque demande qu'une personne détenue sur son territoire soit présente sur le territoire de la Partie requise aux fins de l'entraide demandée, la première Partie peut transférer provisoirement cette personne sur le territoire de la seconde sous réserve que les autorités compétentes des deux Parties aient conclu un accord à cet effet. La pratique a montré que dans certains cas, l'exécution satisfaisante d'une mesure d'entraide dans la Partie requise ne peut s'effectuer que par le transfert d'une personne détenue dans cet Partie.

108. En vertu du paragraphe 2, l'accord prévoit les modalités de la remise temporaire de la personne et le délai dans lequel elle doit être renvoyée.

109. Références : Article 9 / Convention de l'UE.

Article 14 – Comparution personnelle de personnes condamnées et transférées

110. Cet article vise à combler une lacune de la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées. Il ne se rapporte aucunement à l'extradition. Il est destiné à permettre aux Etats de satisfaire les attentes légitimes des détenus transférés dans les cas où une procédure de révision est ouverte dans l'Etat de condamnation et que l'absence du condamné pourrait compromettre la révision du jugement.

111. Il part de l'hypothèse que cette révision est une procédure entamée dans l'intérêt du condamné. Cet article ne devrait pas s'appliquer si tel n'est pas le cas et si la personne intéressée refuse d'être transférée temporairement.

112. Il convient de rappeler qu'en vertu du Protocole à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées, l'intéressé peut, dans certaines circonstances, être transféré sans son consentement.

113. Les limitations énoncées à l'article 12 de la Convention ne s'appliquent pas aux actes ou aux omissions pour lesquels la personne a été condamnés dans l'Etat où le jugement a été prononcé et qui fait l'objet de la révision.

Article 15 – Langue des actes de procédure et des décisions judiciaires à remettre

114. Cet article a pour but de compléter les articles 7 et suivants de la Convention. Il doit être lu en relation avec l'article 16 de la Convention. Il s'applique à toute requête, quelles que soient les voies ou les formes de communication utilisées, sauf s'il en décidé autrement dans ce Protocole.

115. En utilisant, dans cet article aussi bien que dans l'article 16, les expressions « actes de procédure » et « décisions judiciaires », les auteurs n'ont pas cherché à se démarquer de l'article 7, mais plutôt à recourir à un langage qui, pensaient-ils, correspond à la situation d'un grand nombre de pays, alors que le libellé de l'article 7 de la Convention, en anglais ("*writs and records of judicial verdicts*"), s'inspire pour l'essentiel d'un seul système judiciaire.

116. L'expression « décisions judiciaires » comprend à la fois les décisions de justice et les procès-verbaux.. Le terme « document » désigne aussi bien les « actes de procédure » que les « décisions judiciaires ».

117. Cet article n'empêche pas que l'article 16 s'applique à la demande. En d'autres termes, en ce qui concerne les langues, l'article 16 de la Convention s'applique à la demande proprement dite, tandis que cet article s'applique aux pièces ou « pièces annexes » mentionnées à l'article 16.

118. L'expérience montre que les pièces qu'il est demandé de remettre ne sont souvent établies que dans la langue originale, ce qui soulève deux questions : a) l'intérêt de la Partie requise à disposer d'une traduction et b) l'intérêt - ou le droit - de la personne concernée à ce que la pièce qui lui est remise soit rédigée dans une langue qu'elle comprend.

119. S'agissant de la première question, les auteurs ont estimé qu'en acceptant la remise directe par voie postale, les États montraient que leur intérêt à avoir accès à la pièce n'était pas un intérêt majeur. Au reste, dès l'instant où l'article 16 de la Convention reste applicable à la demande, les Parties ne perdent pas le droit de demander une traduction de la demande – à condition, naturellement, d'avoir fait dans les délais prescrits une déclaration à cet effet. L'accès à une traduction de la demande correspond dans une large mesure à l'intérêt des Parties à avoir accès aux pièces elles-mêmes.

120. De plus, les dispositions du paragraphe 4 visent à permettre à la Partie requise qui le souhaite d'avoir accès au contenu de pièces remises en prévoyant un « court sommaire de [leur] contenu ». Selon les auteurs, cette exigence ne signifie rien de plus que quelques lignes pour expliquer ce dont il est question dans les pièces.

121. Les auteurs ont accordé la priorité à la seconde question. En vertu de l'article 6.3.a. de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), « tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». L'article 6 de la CEDH s'applique à la fois a) lorsque l'accusation d'infraction pénale est de la sorte notifiée à l'intéressé et b) lorsque l'intéressé est accusé d'une infraction pénale et que l'accès immédiat à la pièce remise joue un rôle important dans la préparation de sa défense. Même si l'article 6 ne s'applique pas à tous les cas où des pièces sont remises, il convient de prévoir que, dans les cas où il existe des raisons de penser que l'intéressé ne maîtrise pas la langue dans laquelle les pièces devant lui être remises sont rédigées, la Partie requérante doit joindre une traduction desdites pièces, ou au moins de leurs passages les plus importants, dans une langue comprise de l'intéressé.

122. Le droit de la Partie requise s'applique aux circonstances dans lesquelles la personne peut refuser la remise des pièces.

123. Références : Article 5 / Convention de l'UE; Article 52, paragraphes 1 et 2, / Convention de Schengen.

Article 16 – Remise par voie postale

124. Telle qu'elle est prévue par la Convention et ce Protocole, l'entraide judiciaire se concrétise le plus souvent par des mesures prises par un État à la demande d'un autre. Dans le cas particulier de cet article, l'entraide prend la forme d'une autorisation implicite donnée par l'État A à l'État B de prendre des mesures qui ont un effet sur le territoire de l'État A.

125. Cet article a pour objet de veiller à ce que les actes de procédure et les décisions judiciaires puissent être envoyées et remises aussi vite que possible par une Partie lorsque le destinataire se trouve sur le territoire d'une autre Partie.

126. Cet article s'applique également aux pièces remises en vertu de l'article 3 a) du Protocole I.

127. Le droit de la Partie requise s'applique aux conditions auxquelles l'intéressé peut refuser ce type de remise.

128. Cet article peut faire l'objet de réserves.

129. Références : Article 5 / Convention de l'UE.

Article 17 – Observation transfrontalière

130. Cet article reprend presque entièrement l'article 40 de la Convention de Schengen précitée. La majorité des experts n'a pas jugé utile de s'écarter du texte de Schengen et a notamment estimé que la liste des infractions figurant dans la Convention de Schengen ne devait pas être remplacée par une définition plus générale des infractions.

131. Toutefois, deux modifications ont été apportées.

132. D'abord, au paragraphe 1, un membre de phrase a été rajouté à la version du texte de Schengen pour étendre la portée de l'article aux affaires où la police observe « une personne à l'égard de laquelle il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle peut conduire à l'identification ou [la] localisation » d'une personne recherchée pour un autre motif. C'est là une précision qui peut s'avérer utile en pratique. Les auteurs ont plus particulièrement pensé à des affaires d'enlèvement où un parent ou un employé de banque transporte de l'autre côté de la frontière les fonds nécessaires pour payer la rançon.

133. Ensuite, deux infractions ont été rajoutées à la liste du paragraphe 6, le trafic d'étrangers et l'abus sexuel d'enfant.

134. En prenant en considération l'observation transfrontalière dans ce protocole, les auteurs ne souhaitent pas étendre la portée de cet instrument à la coopération policière ou à d'autres formes de coopération non judiciaire, mais plutôt de retenir l'observation transfrontalière comme forme d'entraide judiciaire.

135. Aux fins de cet article, le mot « frontière » englobe les frontières de tous types (terrestres, maritimes ou aériennes).

136. Au paragraphe 1, le membre de phrase « L'autorisation peut être assortie de conditions » doit être interprété comme signifiant, entre autres, que la Partie requise peut imposer des conditions quant à la durée ou à l'extension territoriale de l'observation.

137. Les infractions pouvant donner lieu à extradition sont des infractions pour lesquelles, *in abstracto*, l'extradition peut intervenir en vertu soit d'un traité, soit de la législation nationale. Les circonstances concrètes de la cause, telles que par exemple la nationalité de l'intéressé, ne sauraient être utilisées afin de qualifier une infraction d'extraditable ou non, aux fins de cet article. Cet article peut, en Partie ou en totalité, faire l'objet de réserves.

138. Références : Article 40 / Convention de Schengen.

Article 18 – Livraison surveillée

139. Cet article reprend presque entièrement l'article 12 de la Convention de l'UE.

140. En prenant en considération la livraison surveillée dans ce protocole, les auteurs ne souhaitent pas étendre la portée de cet instrument à la coopération policière ou à d'autres formes de coopération non judiciaire, mais plutôt de retenir la livraison surveillée comme forme d'entraide judiciaire.

141. Cet article s'applique à la livraison surveillée d'objets et de valeurs.

142. Aux termes de l'article 1 g) de la Convention des Nations Unies sur le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 1988), la « livraison surveillée » s'entend de la technique consistant à autoriser des chargements d'objets ou de valeurs illicites ou suspects, ou d'articles qui en tiennent lieu, à sortir du territoire de l'un ou de plusieurs États, à y transiter ou à y entrer au su et sous la supervision de leurs autorités compétentes, en vue d'identifier des personnes impliquées dans la commission d'infractions.

143. Cette définition fournit des indications générales, mais ne peut s'appliquer entièrement à la notion utilisée dans cet article, eu égard en particulier au fait qu'elle n'est pas nécessairement applicable à des infractions telles que le trafic/contrebande d'étrangers ou le trafic d'êtres humains.

144. Cet article impose aux Parties l'obligation de rendre possibles, en droit et dans la pratique, les livraisons surveillées sur leurs territoires respectifs. Une fois cette obligation remplie, elles ont toute latitude pour accepter ou rejeter les demandes tendant à effectuer des livraisons surveillées.

145. Le droit applicable est le droit de la Partie requise.

146. Le paragraphe 2 dispose qu'il appartient à la Partie requise de décider si une livraison surveillée doit être effectuée sur son territoire. Ces décisions doivent être prises au cas par cas et dans le cadre des dispositions pertinentes du droit interne de la Partie requise.

147. Les dispositions concrètes à prendre pour effectuer des livraisons surveillées requièrent une consultation et une coopération étroite entre les instances et autorités compétentes des Parties intéressées, mais le paragraphe 3 précise bien que ces livraisons doivent avoir lieu conformément aux procédures de la Partie requise, ce qui constitue une dérogation à l'article 8 du Protocole.

148. Cet article peut, en Partie ou en totalité, faire l'objet de réserves.

149. Références : Article 12 / Convention de l'UE.

Article 19 – Enquêtes discrètes

150. Cet article reprend presque entièrement l'article 14 de la Convention de l'UE.

151. En prenant en considération les enquêtes discrètes dans ce protocole, les auteurs ne souhaitent pas étendre la portée de cet instrument à la coopération policière ou à d'autres formes de coopération non judiciaire, mais plutôt de retenir les enquêtes discrètes comme forme d'entraide judiciaire.

152. Dans l'esprit des auteurs, la Partie requérante ne doit faire une demande aux fins prévues dans cet article que s'il serait impossible ou très difficile d'enquêter sur les faits sans recourir aux enquêtes discrètes.

153. Les enquêtes discrètes devraient consister en missions ayant un objectif précis et une durée spécifiée.

154. Cet article peut, en Partie ou en totalité, faire l'objet de réserves. En particulier, les Etats peuvent se réserver le droit de n'appliquer cet article qu'aux procédures pénales engagées dans le cas d'infractions susceptibles de donner lieu à extradition.

155. Références : Article 14 / Convention de l'UE.

Article 20 – Équipes communes d'enquête

156. Cet article reprend presque entièrement l'article 13 de la Convention de l'UE.

157. L'expérience montre que lorsqu'un État enquête sur une infraction ayant une dimension transfrontière, en particulier dans le cas du crime organisé, l'enquête en question peut profiter de la participation des autorités d'autres États dans lesquels existent des liens avec ladite infraction ou avec lesquels la coordination est utile à d'autres égards.

158. L'un des obstacles auxquels se sont heurtées les équipes communes d'enquête tenait à l'absence de cadre précis dans lequel ces équipes devraient être créées et devraient fonctionner. Cet article vise à répondre à cette préoccupation.

159. Le paragraphe 1er ne prévoit aucune limitation quant au nombre de Parties pouvant être représentées dans une équipe commune d'enquête.

160. Les équipes communes d'enquête fonctionnent pendant une durée déterminée pouvant être prolongée avec l'accord de toutes les Parties. La composition de l'équipe doit être arrêtée dans l'accord. Selon les États concernés et la nature des faits sur lesquels une enquête est ouverte, l'équipe pourra comprendre des procureurs, des juges, des agents de la force publique et des experts.

161. Lorsqu'un accord est conclu en vue de la création d'une équipe commune d'enquête, celle-ci est généralement mise sur pied dans l'État dans lequel la Partie principale de l'enquête doit être effectuée. Les États concernés doivent prendre en considération la question des frais, notamment les indemnités journalières à verser aux membres de l'équipe.

162. Le paragraphe 3 prévoit qu'une équipe commune d'enquête intervient dès lors que son responsable est un représentant de l'autorité compétente – participant aux enquêtes pénales – de la Partie sur le territoire de laquelle l'équipe intervient. Cela signifie en particulier que le responsable de l'équipe change, pour les fins spécifiques prévues, si l'équipe mène l'enquête dans plusieurs États. Le responsable de l'équipe agit dans le respect des obligations que lui impose son droit national. De plus, l'équipe doit opérer en stricte conformité avec les lois de l'État dans lequel elle intervient.

163. Par rapport au texte de l'UE, le champ d'application du paragraphe 3.b a été élargi aux membres détachés de l'équipe. En effet il s'avère que telle aurait été l'intention des rédacteurs du texte de l'UE.

164. Les membres d'une équipe commune d'enquête qui n'interviennent pas dans leur propre État (membres détachés) sont autorisés, en vertu du paragraphe 5, à être présents lorsque des mesures d'enquête sont prises dans l'État d'intervention. Toutefois, le responsable de l'équipe peut, pour des raisons particulières, en décider autrement, dans le respect du droit de l'État sur le territoire duquel l'équipe intervient. À ce propos, l'expression "raisons particulières" n'a pas été définie, mais on peut considérer qu'elle englobe, par exemple, des situations dans lesquelles l'enquête porte sur des affaires concernant des crimes sexuels, en particulier lorsque les victimes sont des enfants. L'interdiction faite à un membre détaché d'être présent ne peut pas être fondée sur le seul fait qu'il s'agit d'un étranger. Dans certaines affaires, les décisions de ce genre peuvent s'appuyer sur des raisons opérationnelles.

165. Le paragraphe 6 permet aux membres détachés de prendre des mesures d'enquête dans l'État d'intervention, conformément au droit national de cet État. Cette tâche leur est confiée par le responsable de l'équipe et ils ne peuvent l'exécuter qu'avec le consentement des autorités compétentes de l'État d'intervention et de l'État qui a procédé au détachement. Ce consentement peut figurer dans l'accord portant création de l'équipe commune d'enquête ou être donné à un stade ultérieur. Il peut aussi avoir une portée générale ou être limité à certaines affaires ou circonstances particulières.

166. Le paragraphe 7 de cet article fournit l'un des aspects les plus novateurs. Cette disposition a pour effet d'habiliter un membre détaché à demander aux autorités nationales de son pays de prendre des mesures nécessaires pour l'équipe commune d'enquête. Dans ce cas, l'État d'intervention n'a pas besoin de présenter une demande d'entraide et lesdites mesures seront considérées dans l'État en question selon les conditions qui s'appliqueraient si elles avaient été demandées dans le cadre d'une enquête nationale.

167. Le paragraphe 8 traite des cas dans lesquels il convient d'obtenir l'aide d'un État autre que ceux qui ont créé l'équipe ou d'un État tiers. La demande d'entraide est alors adressée par l'État d'intervention, conformément aux règles normalement applicables.

168. Le paragraphe 9 facilite le travail des équipes communes d'enquête en permettant à un membre détaché de fournir à son équipe des informations qui sont disponibles dans son pays et peuvent être utiles aux enquêtes menées par cette équipe. Toutefois, il ne peut le faire que dans le respect du droit national de son pays et dans les limites de ses compétences.

169. Le paragraphe 10 traite des conditions d'utilisation des informations obtenues de manière régulière par un membre d'une équipe commune d'enquête ou un membre détaché lorsque ces informations ne peuvent pas être obtenues d'une autre manière par les autorités compétentes des États concernés.

170. Le paragraphe 12 permet aux États qui ont créé une équipe commune d'enquête d'accepter que des personnes autres que des représentants de leurs autorités compétentes prennent part aux activités de l'équipe. Les auteurs ont en effet estimé que des personnes venues d'autres États ou d'organisations internationales pourraient fournir une aide et des connaissances spécialisées supplémentaires à une équipe commune d'enquête.

171. Intervenant essentiellement pour fournir un appui ou des conseils, les personnes habilitées à prendre part aux activités d'une équipe commune d'enquête en vertu du paragraphe 12 ne sont pas autorisées à exercer les fonctions dont sont investis les membres ou membres détachés de l'équipe ni à utiliser les informations visées au paragraphe 10, sauf disposition contraire de l'accord conclu entre les États concernés.

172. Cet article peut, en Partie ou en totalité, faire l'objet de réserves.

173. Références : Article 13 / Convention de l'UE.

Article 21 – Responsabilité pénale en ce qui concerne les fonctionnaires

174. Cet article reprend presque entièrement l'article 15 de la Convention de l'UE.

175. Dans cet article, l'expression « Partie d'intervention » s'entend de la Partie sur le territoire de laquelle l'opération a lieu.

176. Références : Article 42 / Convention de Schengen ; Article 15 / Convention de l'UE.

Article 22 – Responsabilité civile en ce qui concerne les fonctionnaires

177. Cet article reprend presque entièrement l'article 16 de la Convention de l'UE.

178. Rien dans cet article ne peut s'entendre comme signifiant que le droit des victimes, notamment le droit de demander réparation ou de réclamer des dommages aux pouvoirs publics ou à des particuliers, peut être remis en cause par un accord quelconque entre les États.

179. En anglais, le mot "*liability*" est employé au sens de responsabilité (civile).

180. Références : Article 26 / STE 156 ⁽¹⁾; Article 43 / Convention de Schengen ; Article 16 / Convention de l'UE.

Article 23 - Protection des témoins

181. Dans l'intention des rédacteurs, cet article s'applique seulement lorsqu'une demande d'entraide aura été faite, en vertu de la Convention ou de l'un de ses Protocoles, concernant un témoin qui risque d'être exposé à une intimidation ou qui a besoin de protection.

182. Il appartient principalement à la Partie requérante, et non à la personne concernée, de déterminer si le témoin est ou non exposé à une intimidation ou a besoin ou non de protection.

183. Cet article fait dépendre tout effet pratique résultant de son application d'un accord préalable entre les Parties concernées. Cet article n'impose pas une obligation d'agir en vue d'obtenir des effets pratiques, mais plutôt une obligation de faire de son mieux pour s'accorder sur une action.

184. Il s'en suit que cet article n'impose aucune obligation pour les Parties de prendre des mesures législatives ou autres à caractère général dans le domaine de la protection des témoins.

185. Les rédacteurs ont utilisé les termes « témoin » et « intimidation » dans le sens qui leur est donné par la Recommandation R (97) 13 sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense, à savoir :

– « témoin » s'entend de toute personne qui, indépendamment de sa situation au regard des textes régissant la procédure pénale nationale, dispose d'informations en rapport avec une affaire pénale. Cette définition s'applique également aux experts et aux interprètes ;

– « intimidation » s'entend de toute menace directe, indirecte ou potentielle exercée sur un témoin et pouvant conduire à une ingérence dans son devoir de témoigner en ne subissant aucune influence, quelle qu'elle soit. Est également concernée l'intimidation résultant soit (i.) de la crainte provoquée par la simple existence d'une organisation criminelle connue pour commettre des actes de violence et de représailles, soit (ii.) du simple fait que le témoin appartient à un groupe social fermé dans lequel il se trouve en position de faiblesse.

186. Références : Recommandation R (97) 13 ⁽²⁾.

Article 24 – Mesures provisoires

187. Cet article permet à la Partie requise d'ordonner des mesures provisoires sur la demande expresse de la Partie requérante. L'ordonnance d'une mesure provisoire présuppose que les conditions nécessaires en vertu du droit de la Partie requise sont remplies. Dans la pratique, il s'est avéré que le succès d'une enquête dépend très souvent de la rapidité avec laquelle des mesures provisoires peuvent être ordonnées et exécutées par la Partie requise.

(1) Accord relatif au trafic illicite par mer, mettant en oeuvre l'article 17 de la Convention des Nations Unies sur le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (STE n° 156, 1995).

(2) Recommandation R (97) 13 du Comité des Ministres aux gouvernements des Etats membres, sur l'intimidation des témoins et les droits de la défense.

188. Références : Article I.15 / Convention générale; Article 27 / Projet de convention sur la cybercriminalité.

Article 25 – Confidentialité

189. Cet article constate que la Partie requérante est habilitée à imposer un devoir de confidentialité à la Partie requise.

190. Références : Article III.6 bis / Convention générale.

Article 26 – Protection des données

191. Cet article s'applique aux données à caractère personnel transmises d'une Partie à une autre en conséquence de l'exécution d'une demande faite au titre de la Convention ou de l'un de ses Protocoles. Il s'applique indépendamment de la question de savoir si les données sont transmises parce qu'elles sont communiquées par un « État d'envoi » ou obtenues d'une autre manière par un « État destinataire ».

192. Il ne s'applique pas aux données à caractère personnel obtenues par une Partie en conséquence de l'exécution d'une demande faite au titre de la Convention ou de l'un de ses Protocoles par cette Partie ou toute autre Partie lorsque ces données ne sont pas transmises d'une Partie à une autre.

193. L'expression « données à caractère personnel » est à prendre au sens que lui donne l'article 2 a) de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, du 28 janvier 1981. Il s'agit des informations se rapportant à une personne identifiée ou identifiable (« personne concernée »).

194. Cette définition s'applique quelle que soit la manière dont les données à caractère personnel concernées sont conservées ou traitées. Il s'ensuit que l'article 24 de ce Protocole s'applique aux données faisant l'objet d'un traitement automatisé ou non.

195. La définition doit être interprétée comme signifiant qu'une personne identifiable est une personne pouvant être identifiée, directement ou indirectement, au moyen d'un numéro d'identification ou d'un ou de plusieurs éléments spécifiques de son identité physique, mentale, économique, culturelle ou sociale.

196. Cet article ne modifie en rien les obligations que la Convention de 1981 impose aux États.

197. Références : Article 23 / Convention de l'UE.

Article 27 – Autorités administratives

198. Cet article n'appelle aucun commentaire.

Article 28 – Rapports avec d'autres traités

199. Comme dans le cas de l'article 9 du protocole additionnel à la Convention, cet article est destiné à assurer une coexistence harmonieuse de ce deuxième protocole avec tout accord bilatéral ou multilatéral conclu conformément à l'article 26.3 de la Convention.

200. Références : Article 9 / Protocole 1.

Article 29 – Règlement amiable

201. Cet article, qui charge le Comité européen pour les problèmes criminels de suivre l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles, s'inscrit dans la lignée des précédents établis par d'autres conventions européennes en matière pénale. Il s'inscrit également dans le suivi que de la Recommandation (99) 20 du Comité des Ministres, concernant le règlement amiable de toute difficulté susceptible de survenir dans l'application des conventions du Conseil de l'Europe en matière pénale. Il a pour objet d'informer le Comité européen pour les problèmes criminels des difficultés éventuelles soulevées par l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles, afin de lui permettre de faciliter les règlements amiables et de proposer les amendements à la Convention et à ses Protocoles qui s'avèreraient nécessaires.

202. Références : Article 23 / STE 112 ⁽¹⁾; Recommandation (99) 20 ⁽²⁾.

Chapitre III

Articles 30 à 35 – Clauses finales

203. Les articles 30 à 35 s'appuient à la fois sur les « Clauses finales types pour les conventions et accords conclus au sein du Conseil de l'Europe », que le Comité des Ministres a adoptées à la 315^e réunion de leurs Délégués, tenue en février 1980, et sur les clauses finales de la Convention.

204. S'agissant de l'article 33 (réserves), les auteurs ont étudié la possibilité de prévoir des dispositions visant à limiter la durée de validité des réserves et d'encourager de ce fait les États à examiner périodiquement la possibilité de lever ou d'assouplir les réserves. Ils se sont inspirés pour cela de l'article VI.7 de la Convention générale, de l'article 38 de la Convention pénale sur la corruption, de l'article 25 de la Convention sur l'adoption d'enfants et de l'article 14 de la Convention sur le statut juridique des enfants nés hors mariage.

205. Cette idée n'a en définitive pas pu être concrétisée vu le caractère spécifique du présent Protocole. En effet, il ne se substitue pas à la Convention et son Protocole additionnel, mais tend à compléter ces instruments qui ont fait l'objet de réserves.

206. Il convient de souligner que conformément aux dispositions de l'article 33.1, la ratification de ce protocole n'entraîne pas automatiquement de modification des réserves formulées par les Etats au sujet des dispositions de la Convention de référence qui est modifiée par ce Protocole.

207. Références concernant l'article 32: Article 8.1 / Protocole 1.

(1) Convention sur le transfèrement des personnes condamnées (STE n° 112, 1983).

(2) Recommandation n° R (99) 20 du Comité des Ministres aux gouvernements des Etats membres, concernant le règlement amiable de toute difficulté susceptible de survenir dans l'application des conventions du Conseil de l'Europe en matière pénale.